

OS LIMITES DA CIÊNCIA DO DIREITO

Luísa Neto

Faculdade de Direito da Universidade do Porto
lneto@direito.up.pt

Resumo

O Direito – objectivamente perspectivado –, enquanto conjunto de normas reguladoras e definidoras do estatuto de determinada comunidade ou sociedade, opera um equilíbrio frágil entre os valores da justiça humana e da segurança. Se à ideia de norma é sempre correlativa a de dever ser, erradamente se tem defendido que o *quid* distintivo das normas jurídicas radicaria numa sua eventual imprescindibilidade para a vida social. São questões em que é estreita, limitada e pobre uma visão meramente juricizante e depreciativamente legalista, neutralmente (não) valorada, sendo pois necessário garantir uma visão multidisciplinar e multifacetada das relações entre a Ciência do Direito e outras Ciências.

Palavras-chave: Direito; Ciências normativas; Jurista, Bioética.

Abstract

Law is a set of rules that regulate and define the statutes of a determined community, in such a way as to govern the delicate balance between the values of human justice and security. If the idea of rule always contains within itself the idea of an obligation, it is no less true that it is wrong to defend the idea that the distinctive *quid* of the legal rules lies in its eventual indispensability for social life. These are questions in which a simple judicial and depreciatively legal point of view, neutrally (non)valued, is narrow, limited and poor. Our aim is to provide a multi-disciplinary and multi-faceted vision of the relations between Law and Science.

Key Words: Legal science; Forensic sciences; Bioethics; ELSI (Ethical, legal and social issues).



Querem fazer de nós deuses antes que mereçamos ser homens. A ciência explicará tudo e nós não ficaremos mais esclarecidos: ela fará de nós deuses atordoados.

Jean Rostand

É indispensável que o direito tome conta das coisas que saem dos laboratórios em busca de regulamentação.

Marcel Rigaux

O Direito não é mais do que a possibilidade da moralidade, e portanto também da imoralidade. O Direito não pode forçar a moral, porque o acto moral deve necessariamente ser um acto de liberdade: mas como o direito pode só tornar possível a moralidade, ele deve inevitavelmente tornar também possível a imoralidade. Mas (...) o Direito, criação humana, é um sinal desta dignidade do ser humano e pode contribuir para a realizar, mesmo se apenas através do domínio limitado da protecção jurídica das inovações biológicas.

G. Radbruch

A Regulação da Ciência do Direito

O Direito é uma Ciência. Com o seu método, com o seu objecto. Simplesmente, e ao invés de outras ciências, lida com o “dever ser” e não com o “ser”. Lembra Boaventura Sousa Santos (1987, p. 55) que todo o conhecimento científico moderno visa constituir-se em senso comum: “Se faz do cientista um ignorante especializado faz do cidadão comum um ignorante generalizado”.

É um percurso exigente porque a aventura científica é também uma aventura jurídica e porque, de facto, o conceito de pessoa está no centro do debate ‘bioético’.

Parafraseando a célebre afirmação de Clausewitz, “o objecto é a continuação do sujeito por outros meios”, e a possibilidade de a biologia modificar o Homem, ou de – como alguém já disse, numa fórmula lapidar, ‘desnaturalizar os seres vivos’ – resulta também no facto de o sujeito regressar hoje, para o Direito, transfigurado na veste do objecto.



O conceito de 'sujeito' vem corroborar a necessidade de nos limitarmos às pretensões agregadas à noção ontológica de pessoa, já que o desaparecimento de limites naturais à acção humana faz com que ela se autolimite. Para designar o conjunto destes novos problemas se tem usado a expressão 'bioética' e, no âmbito que inevitavelmente nos interessa, falam alguns autores de 'biodireito' ou mesmo de uma 'bioconstituição'.

A expressão 'bioética' foi proposta pela primeira vez em 1970 por um médico cancerólogo: Van Rensselaer Potter. Ainda que este autor não tenha inicialmente atribuído ao novo termo todo o conteúdo que hoje lhe damos, a verdade é que a partir de então se começou a designar por bioética o conjunto de preocupações, discursos e práticas que surgiram e se vieram a estruturar num novo saber, hoje uma referência indispensável para a medicina, biologia, filosofia, sociologia, direito e até para a acção política, de tal modo que hoje se fala na era da bioética.

De facto, a bioética tem surgido como referente de soluções jurídicas positivas. Como salientava o então Primeiro-Ministro francês, em carta dirigida em 19.12.86 ao Conseil d'État, "não pode ser deixada apenas à sensibilidade ou às apetências dos ministros a procura dos problemas que hoje se põem à consciência dos homens e à ciência do direito, e para os quais a sociedade e o Estado esperam respostas normativas". Uma aproximação criativa do direito parece mais imperiosa nos nossos dias do que alguma vez foi.

Os Cientistas do Direito

O jurista é o homem do presente: a fidelidade ao passado, o respeito da tradição dá-lhe soluções actuais que perdem a sua eficácia quando um novo futuro se revela (Xavier, 1992). "Não existe nenhuma *tabula rasa*. Somos como marinheiros que constroem sempre no mar com os materiais que já têm sem considerarem ir ao cais e começar tudo de novo" (Terré, 1974, p. 201).

Diga-se, com Castanheira Neves (1993, pp. 419-420), que o jurista, "enquanto verdadeiro jurista, será o anti-ideológico por profissão". É que há que fazer intervir assim a consciência jurídica geral da comunidade. A tecnicidade do direito positivo numa sociedade de risco tem de ser concebida como fruto de uma determinada evolução que Max Weber caracteriza como um processo de racionalização que é, ao mesmo tempo, um processo que leva à formalização do Direito. Tal evolução transforma assim o Direito em segmento ou subsistema da cultura. Mas o que tal



evolução não pode produzir é um corte radical entre Direito e cultura, submetendo aquele ao vórtice da pura racionalidade técnica (Machado, 1985).

Diz-se que o trabalho do jurista é realizado em três planos distintos, ainda que intimamente interconexos: o da descrição ou da captação do “dado”, o da explicação e sistematização, e o da sua aplicação à realidade. O Direito não será pois, em face do *ethos* social, nem simplesmente receptivo, nem meramente passivo. Embora partindo em larga medida dele, submete-o no entanto a uma conversão intencional, integrante – enquanto sistemática – a que vai sempre associada uma atitude selectiva e crítica (Vieira, 1985; Würzberg, 1977), recusando identificar os seus fins e valores com as intenções de uma qualquer ideologia ou com o conteúdo de determinada *Weltanschauung*, ao serviço da qual estivesse apenas como um instrumento disponível, ou numa mera e técnico-funcional relação de meio para fim (Neves, 1993).

Corroboramos aqui plenamente o entendimento de Vasco Pereira da Silva (1999, p. 22):

“Porque o Direito (...) existe para ser aplicado, para resolver situações da vida, é preciso que o jurista seja capaz de perceber a relação entre os valores, as normas e os factos, estando em condições de proceder a uma “reflexão acerca da tarefa, função e princípios do Direito em situação (“Rechts in Stand”)”.

É que as normas não existem no vácuo, mas são elaboradas ao lado de códigos morais e sociais de maior ou menor complexidade e definição, e devem obedecer a prudência que evite a inflação e desactualização legislativa: isto é, o Direito deve saber quando regular mas também quando não regular determinada situação – que pode encontrar regulação noutras ordens normativas como a Ética, a Moral, o Trato Social ou as regras das ciências físicas.

E isto é tanto mais verdade quanto nos situamos num contexto situacional específico, enquadrado por noções determinadas do Estado e Constituição, de Direito Natural, e dos desafios que hodiernamente se colocam à nossa sociedade. É nesse contexto que a ética empresta o seu seio à pessoa como fundamento e fim último do Direito, sujeito titular de direitos fundamentais que devem ser explorados enquanto categoria jurídica, em especial no que diz respeito aos direitos, liberdades e garantias em geral e direitos, liberdades e garantia pessoais e direitos de personalidade. Determinante, no que hoje aqui nos ocupa, é também a margem deixada ao legislador e à lei na determinação dos conceitos aí empregues, à luz dos fundamentos dos

limites ou princípios enquadrantes, ou seja, da concepção do direito como ciência de valores, do princípio da dignidade da pessoa humana, das noções de ordem pública e bons costumes, das linhas traçadas pela ética e pela moral – e o que interessa sobremaneira é a definição da esfera do indivíduo face ao Estado, ou a definição, pelo Estado, de uma esfera do indivíduo face aos seus concidadãos. Entendemos que para este caminho o “imperativo básico é (...) simplesmente o de trabalhar por considerações racionais, contrariando, se necessário, impulsos e inclinações sentimentais (...) e que o imperativo de racionalidade mais compreensivo pode chamar-se lei de objectividade” (Nakhnikian, 1993).¹

Os Parâmetros de Decisão da Ciência do Direito

A comunidade daqueles que devem tomar decisões no âmbito do ordenamento jurídico vigente, sobre a base da argumentação racional, é o sujeito hipotético dos fins propostos nos argumentos teleológico-objectivos. As afirmações finalistas dos intérpretes são hipóteses sobre os fins estabelecidos por este sujeito hipotético. A sua correcção deve fundamentar-se por meio da argumentação racional (Sévre, 1994), mas não se deve esgotar aí.

O que pretendemos no fundo é defender que a relevância dada pela sociedade hodierna ao consenso não pode postergar totalmente, na busca de uma ilusória ideologia de harmonia, um necessário espaço de conflito e assunção de opções individuais. O Direito, objectivamente perspectivado – enquanto conjunto de normas reguladoras e definidoras do estatuto de determinada comunidade ou sociedade –, opera um equilíbrio frágil e instável entre os valores da justiça humana e da segurança e não pode deixar de acentuar-se a concreta e permanente interligação entre o ordenamento jurídico e o contexto social em que aquele se insere. As relações são recíprocas e biunívocas, e ambas as vertentes – a jurídica e a social – são paralela e simultaneamente elementos condicionantes e condicionados, e têm uma natureza última semelhante. Ora, o Direito atende aos dados objecto do conhecimento e interagir humano numa perspectiva enriquecedora, porque tríplex: olha-os enquanto facto, enquanto norma, mas também enquanto expressão de valor (Reale, 1997; Diaz-Otero e Olivas, 1997).

¹ Vejam-se ainda as considerações metodológicas expendidas por Aiken (1962), Baier (1958), Binkley (1961), Gauthier (1963), Hospers (1961), Melden (1959), Montefiore (1959), Warnock (1960), Von Wright (1963).



Diz-se muitas vezes que a ciência – e a ciência do Direito – lida com factos, que estão fora de nós e são objectivos, enquanto a ética é relativa a valores, que estão dentro de nós e são subjectivos. Mas os valores, prossegue Lyons,

“não descrevem o mundo, representam o modo como queremos que o mundo seja, não o modo como ele é. (...) Quando os valores se dizem dentro de nós e subjectivos, estamos a referir-nos a convicções ou crenças – as nossas crenças sobre os valores que as coisas têm. Quando os actos se dizem fora de nós e objectivos, estamos a referir-nos ao estado das coisas – aspectos do mundo que podem ser objecto de juízos fácticos” (Lyons, 1993, p. 6).

Parece-nos claro que a ordenação constitucional – que surge como expressão objectiva destes valores –, implica uma coexistência com outras ordens normativas mesmo no âmbito do poder constituinte. O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se no entanto sempre como nó górdio. Assim sendo, a concepção dos direitos fundamentais enquanto posição jurídica activa prescinde de uma intermediação do legislador, ou esta não pode ser absoluta, para garantir que uma esfera de liberdade e autonomia. A alternativa não é aqui entre o Direito e a simples “não regulação”. Há outras ordens normativas que devem ser chamadas a intervir, e o Direito deve saber muitas vezes recuar, esperar, não pretender a total e absoluta juridificação, qual Rei Midas que transforma em ouro tudo aquilo em que toca. É este entendimento que se visa sustentar, já que na sociedade hodierna assistimos a uma profusão das chamadas normas jurídicas técnicas. Importa pois considerar o problema nos seus devidos termos e contornos, analisando aquelas matérias preponderantes que por definição estão no cerne e núcleo das preocupações primárias e últimas do Direito, ciência social e humana, paradigma de coexistência social: são elas as que se prendem com a essência do ser Homem, Homem que é pertença de uma comunidade e sociedade e que se move num âmbito determinado de posições jurídicas subjectivas que lhe permite relacionar-se com os seres e as coisas externas.

A Dignidade da Pessoa Humana como Vector Básico

E é aqui que o Direito vai mais além, fazendo intervir a noção de dignidade.

Este conceito, embora com acolhimento constitucional em alguns países – v.g. desde logo o artigo 1º da CRP, o nº1 do artigo 10º da Constituição espanhola ou o nº1 do artigo 1º da GG –, não mereceu ainda, ao que nos parece, uma construção e

sobretudo uma compreensão suficientemente sólida, nem no plano filosófico, nem muito menos no jurídico. Mas entre nós é sobremaneira reafirmado, desde a revisão de 1997, pelo nº3 do artigo 26º que prescreve que “a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

O princípio da dignidade da pessoa, que prescreve que os homens devem ser tratados segundo as suas decisões, intenções ou manifestações de consentimento, parece ser tão básico que resulta quase vago como directiva de moralidade social. A relação entre o princípio da autonomia e da dignidade da pessoa não é assim de todo clara, já que o valor da eleição de planos de vida por parte de indivíduos implica que há, pelo menos, um tipo de decisões que podem e devem ser atribuídas a esses indivíduos e que devem ser tomadas seriamente em conta quando se actua quanto a eles. Além do mais, o princípio da dignidade prevalece sobre o da autonomia (e sobre o princípio hedonista) quando justifica restrições voluntárias ou consentidas a essa autonomia (ou quando justifica também um sofrimento auto-imposto)(Nino, 1989).

Em Especial, os Limites à Experimentação

Em 1988, a revelação em Espanha de um suposto "caso Mengel" – utilização de mendigos para experiências com anestésicos – abalou a estabilidade política e comprometeu o Governo de Aznar: os serviços secretos espanhóis teriam raptado três mendigos, para os utilizarem como cobaias em experiências com anestésicos. As revelações embaraçaram o Governo de Aznar cujo ministro da defesa, Eduardo Serra, foi o alvo principal. Com origens históricas nomeadas por Gross em *O mundo e o princípio alemão das raças*, a experimentação sobre o homem tem uma intrínseca perigosidade e comporta a lesão de direitos fundamentais da pessoa, ou seja, a integridade física e da saúde individual.

À exigência de salvaguardar os direitos de personalidade contrapõe-se no entanto por vezes o fim do progresso da ciência médica e da tutela da saúde considerada no seu aspecto colectivo. O direito à integridade física tutela a pessoa num seu valor essencial e como tal, reentra nos típicos direitos de personalidade que constituem o núcleo primário da categoria sujeita a uma contínua evolução. O próprio direito à saúde individual constitui limite ao desenvolvimento do direito da saúde colectivo, nestes termos, verificando nós assim a relevância de uma verdadeira *Drittwirkung* do direito à saúde nas relações entre privados (Dias, 1996). No entanto o



reconhecimento da eficácia privada encontra alguma resistência por via da consideração do texto constitucional e no tratamento tradicional do direito em questão como direito social (Belleli, 1983). Os direitos fundamentais responderam a uma exigência liberal de salvaguardar a liberdade do indivíduo no confronto com o Estado e agora em causa está a promoção da saúde face à intervenção estatal.

Se um princípio fundamental do ordenamento é a protecção da pessoa, a integridade física é relevante por si, como valor essencial do homem (Bankowski e Levine, 1993; Tavares, 1982). A actividade de experimentação contrária à lei ou aos bons costumes – nos termos dos artigos 280º e 340º/2 do Código Civil ² – ou que comporte o perigo de uma diminuição permanente da integridade física é ilícita, sendo o acordo que pretenda justificá-la ferido de nulidade, refere a doutrina maioritária.

Um ser humano, modificado geneticamente ao ponto de ser resistente por exemplo ao cancro, pode ser objecto de uma patente de produto? Atingir-se-ia o grau da coisificação, num total desrespeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O limite da diminuição permanente das capacidades do homem é em si mesmo derogável? No início dos anos 30, os juízes italianos consideraram no entanto lícito o transplante de glândula sexual em Nápoles.³ Quais são então os limites objectivos da experimentação humana?⁴ Contando com realidades tão distintas como os ensaios clínicos para a experimentação de novos fármacos, novas terapias, novas técnicas médico-cirúrgicas⁵, expressão da difusão da investigação científica mas também de um vazio jurídico⁶, como refere João Álvaro Dias (1996), haverá desde logo que

² Veja-se Belleli (1983), pp. 146, sobre os conceitos de ordem pública e bons costumes.

³ Cass. 31.1.1934, Foro It, 1934, II, c. 146.

⁴ Biscaia (1996), pp. 571 a 584, também transcrevendo parte do parecer do CNECV sobre ensaios clínicos: "A medicina evoluiu ao longo dos tempos de uma actuação meramente empírica, coligindo observações, por sucessivas tentativas de ensaios e erros, até alcançar gradualmente e com o auxílio de outros ramos do conhecimento o estatuto de ciência sem contudo perder os seus atributos de arte. O estatuto de ciência implica um conhecimento experimental com requisitos especiais, por se centrar na pessoa humana, dotada duma dignidade e dum estatuto próprios." Este parecer deu origem à actual lei portuguesa e continua: "A investigação nas chamadas ciências biomédicas implica uma hipótese claramente formulada, uma metodologia explícita para testar a hipótese, quer dizer submeter esta hipótese ao controle da experiência, uma avaliação e um tratamento cuidadoso dos dados, uma conclusão solidamente discutida com a representatividade da amostra, dos desvios e dos limites pelos quais as observações recolhidas permitem fazer generalizações. (...) A investigação experimental é assim o grande caminho para a aquisição de conhecimentos em medicina e visa mais a exactidão do que a utilidade imediata."

⁵ Existem por exemplo problemas de qualificação quanto à inseminação artificial, determinação do sexo da criança ou embriogénese; apesar de serem sobretudo utilizados no campo da obtenção, nada impede uma aplicação para fins terapêuticos, o que torna a autorização/patente duvidosa.

⁶ Memeteau (1983), pps. 519 e seguintes, e Rocheman (1988), pp. 22 e seguintes, em esp. pp. 36/37: "se fait sentir le besoin d'une compétence juridique des savants ou, au minimum, d'une perception du besoin

distinguir entre experimentação com escopo terapêutico ou de diagnóstico – experimentação clínica em sentido próprio – e a experimentação pura, não terapêutica ou científica. Na primeira releva sobretudo o conhecido princípio hipocrático *primum non nocere*.

De acordo com a Declaração de Helsínquia da Associação Médica Mundial, a validade e eficácia no nosso ordenamento dos limites objectivos da experimentação descendem do princípio geral, e em particular, quando se trate de limites previstos essencialmente para tutela da pessoa humana, derivam do princípio de protecção da vida, da integridade física e da saúde individual. Esta Declaração, que dá cumprimento e desenvolve a segunda parte do artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos constitui o documento oficial da organização representativa dos médicos e a magna carta da experimentação levada a cabo em seres humanos. Apesar de não ter estatuto legal, tem sido aceite como código de conduta, nomeadamente pela CIOMS (organização de pesquisa médica estreitamente ligada à OMS).⁷

E o que dizer, para o que mais nos ocupa, quanto à auto-experimentação? O título do *Figaro Magazine*, de 15.2.97, *Quand l'homme se prend par Dieu* – relativo aos organismos geneticamente modificados apresentados no 34ª Salão da Agricultura –, é significativo. Por auto-experimentação se deve entender o tratamento experimental que o investigador faz directamente sobre si mesmo, e aqui já não se poderá dizer que tem o seu parâmetro de validade no consentimento, como no caso de notícias que vieram a lume sobre médicos dos EUA que tendo descoberto uma vacina anti-sida à base de vírus HIV vivo, o pretendem experimentar em si próprios, tendo para o efeito lançado um apelo de participação e pedido autorização à *International Association of Physicians in Aids Care*.

As regras legais – e comunitárias – sobre provas clínicas e terapêutico-experimentais fazem relevar sempre a temática do consentimento para aquilatar de todas as situações de hetero-experimentações.

O Estatuto da Ordem dos Médicos de 1956 proíbe no seu artigo 80º a realização de “tratamento fundamentado” ou “experimentação temerária”, como vimos, salvo consentimento formal do doente, devidamente avisado dos riscos a que se expõe. Mais extenso, o capítulo IV do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de 1985

du droit. Car le droit est malheureusement perçu au mieux comme indifférent par tous ceux qui l'ignorent."

⁷ Vejam-se a propósito os Relatórios-Pareceres 4/CNECV/93, 9/CNECV/94, 13/CNECV/95 e 34/CNECV/2001.



refere-se às condições de experimentação, ensaio de novos medicamentos e experimentação em doença incurável. As garantias éticas da actividade de experimentação são ainda assim asseguradas pelo Conselho Nacional de Deontologia da Ordem dos Médicos enquanto instância de recurso. E mais se prevê – no artigo 66º – que é proibida toda e qualquer investigação susceptível de prejudicar a vida psíquica ou a consciência moral do indivíduo, ou de atentar contra as suas dignidade e integridade.

Precisamente por causa da natureza da actividade de que falamos, essencial é a actualidade do consentimento. Como refere João Álvaro Dias deve haver uma precaução imposta pelo estado dos conhecimentos. É que este tipo de investigação não pode ter por único objectivo avançar os limites do conhecimento. O tecnocosmos não pode excluir o simbólico, o interpretativo e o axiológico (Archer, 1998).

Exigem-se, para lá dos requisitos de idoneidade do ambiente, da actividade e meios utilizados, para lá da qualidade técnica, uma consciência social que não pode tolerar experimentações humanas que comportem riscos elevadíssimos de danos relevantes para a integridade física e saúde da pessoa que se submete ao tratamento, ainda que todos os limites anteriores sejam respeitados, interrompendo sempre que se revele iminente que os riscos se afigurem de ordem a superar os potenciais benefícios.

Nem se diga, como bem refere Belleli, que o consentimento para a experimentação terapêutica caberia no consentimento genérico que o doente dá ao médico, já que a actividade experimental se distingue da actividade terapêutica pela incerteza do resultado e pelo risco que comporta, cuja valoração, quase como a decisão do emprego do tratamento, não pode ser remetida exclusivamente para a discricionariedade do médico. Não pode admitir-se aqui consentimento presumido, ou mera tolerância. Bem se percebe esta diferença face ao que sucede no nosso ordenamento com os transplantes *post-mortem*. É que agora falamos de corpos vivos.⁸

No estudo de Belleli a natureza jurídica deste consentimento corresponde a uma disposição de direito futuro. Quanto à justificação para a eficácia de tal disposição, podemos desde logo excluir a natureza patrimonial de tal acto de disposição. É que a

⁸ No que respeita à experimentação intra uterina, veja-se Robinsons (1993), pp. 19 a 30.

dignidade não é apenas um direito mais que se tenha – e do qual se possa ser privado – mas uma excelência que se é, ou a origem de todo o direito.

A faceta de experimentação explícita por exemplo no caso da clonagem, e que em Fevereiro de 1997 dividiu o mundo com a notícia do nascimento da ovelha Dolly e a eventual aplicação do processo aos seres humanos.⁹ As dúvidas suscitadas por tal procedimento (repetido em Dezembro de 2000 para criação da galinha “Britney”) renovaram-se em Julho de 1997 com a sua aplicação a macacos e a rãs sem cabeça e subiram de tom quando já em Janeiro de 1998 um cientista norte-americano anunciou a intenção de aplicar o processo a seres humanos. Seguiu-se o macaco Andi, a clonagem de porcos, de vitelas, de bezerras. Mas a verdade é que ainda existe uma diferença sensível e significativa entre a clonagem de uma ovelha ou a anunciada clonagem cruzada em vacas, e a clonagem de um ser humano. Não só pela matéria pensante, capaz de invalidar o resultado, como pelo facto de serem necessários muitos voluntários para o resultado visado. Por outro lado, acentue-se que a onda de censura se desenvolveu apenas em torno da utilização de células adultas, não tendo sido despoletada pela utilização de células e tecidos embrionários. Mais se explique que o alarme em torno da ovelha Dolly fez esquecer que a experiência utilizou material genético de duas ovelhas, estando portanto em causa uma clonagem imperfeita. De qualquer modo, questiona-se se a lei deve permitir ou antes proibir esta possível prática, independentemente da *ratio* de probabilidade. Parece, no nosso entender, que deve realmente optar proibição, quanto ao homem. Desde logo porque é distinta a experimentação em laboratório e a experimentação *in utero*. Argumenta-se que estão em causa tecidos embrionários que de outro modo não teriam sido gerados. Ora parece-nos que esse argumento funciona precisamente em sentido inverso, apontando para uma degradante e inadmissível funcionalização.

Na sequência da Convenção dos Direitos Humanos e Biomedicina ou Biotecnologia¹⁰, assinada em 4 de Abril de 1997, em 12.1.1998, um grupo de dezanove países – Portugal, representado por Daniel Serrão, presidente do CECV e Álvaro Guerra, embaixador de Portugal em Estrasburgo), Dinamarca, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Islândia, Itália, Letónia, Macedónia, Moldova, Noruega, Roménia, San Marino, Suécia e Turquia –, assinaram em Paris um protocolo

⁹ A abertura dessa verdadeira caixa de Pandora foi objecto de um magnífico comentário de Biscaia (1996).

¹⁰ Cfr em DIR/JUR (96)7 o Projecto de Convenção para a protecção dos direitos do homem e dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e medicina/Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, Junho 1996, que veio a ser assinado em 1997. Em Setembro de 1996 foi publicada a respectiva explicação (DIR/JUR (96)11) e a opinião nº 198 (1996) do Parlamento do Conselho da Europa - 1403-26/9/96 -9-E.



que proíbe a clonagem de seres humanos, e que há-de ser completado por outros três sobre transplante de órgãos, protecção de embriões e fetos humanos e investigação médica e genética (Oliveira, 1998). O artigo 1º do Protocolo interdita a clonagem humana nos seguintes termos: "Qualquer intervenção que procure a criação de um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano vivo ou morto é proibida". Daqui ressalta a própria noção de clonagem – que não se confunde com a aceitabilidade ética da clonagem de células ou de tecidos para fins científicos e para aplicação em medicina – reforçada depois na previsão de que não há excepções à interdição mesmo no caso de casais completamente inférteis. Baseando-se o protocolo na necessidade de proteger a identidade do ser humano, e o carácter aleatório da sua combinação genética natural que lhe confere a sua liberdade e carácter único e de impedir a sua instrumentalização, ficam os Estados incumbidos de determinar sanções para o desrespeito do Protocolo que vão desde a proibição dos investigadores e médicos exercerem a sua profissão, à revogação das licenças dos laboratórios e clínicas e às sanções criminais.

Também tem implicações óbvias, apesar do seu carácter meramente proclamatório, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos do Homem de 1998, promovida pelo Comité Internacional de Bioética da Unesco, e que aponta o genoma humano como património da humanidade. Tendências de universalização se conseguem ainda recolher nas Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas nºs 2540/XXXIII, de 1968, 3384/XXX, e 46/1169/91.

A Limitação do Direito por Outras Ordens Normativas

O Homem é também espírito: ora esta transcendência acaba por envolver uma autolimitação, por não poder desligar-se de envolventes de cultura e de ética.

Pode suceder que o Direito se encontre já em face de comportamentos externos e, mesmo assim, se julgue obrigado a não intervir, porque eles assumem um relevo puramente individual. Ao âmbito em que os interesses em causa podem ser cabalmente prosseguidos sem que tenha de comprimir-se ou eliminar-se um interesse alheio pode chamar-se o da "indiferença jurídica". Mas o Direito pode vir a achar-se já perante actividades de relação, perante factos que voluntária ou involuntariamente vão afectar, em maior ou menor medida, a situação doutros indivíduos, e todavia, não se julgar ainda obrigado a regulamentar tais actividades, de irrelevância jurídica, como a

opção pelo cumprimento com um aperto de mão ou com um mero acenar de cabeça, ou a opção por visitar ou não os amigos (Aiken, 1962).

É importante vincarmos aqui que a opção por regular ou não determinada matéria, por adoptar ou não determinada solução não é obviamente estéril. O silêncio do legislador, e da sociedade, longe de ser um vazio caótico, é assim uma realidade comunicativa estruturante, que também transmite valoração maturada. O silêncio é ainda um acto de fala, como diria J. L. Austin. Aliás os juristas estão de algum modo familiarizados com esta concepção, e com a linguística do silêncio que ela implica, na medida em que recorrentemente atribuem consequências jurídicas específicas a certos actos de silêncio (Austin, 1980). Os próprios recuos da sociedade, a vontade de em certos momentos se não dar solução legislada, de não marcar posição formal, de não definir o que seja o “dever ser”, deve ser entendida enquanto comunicação de sentido atendível e a atender.

São questões em que é estreita, limitada e pobre, uma visão meramente juricizante e depreciativamente legalista, neutralmente (não) valorada. Pelo contrário, devem os valores ser fonte de dimensão jurígena dos pontos em análise, sintetizando-se problematismo, interdisciplinariedade e amplitude de análise.

Referências Bibliográficas

- Aiken, H.D. (1962). *Reason and conduct*. New York: Alfred A. Knopf.
- Archer, L. (1998). Dimensões éticas da investigação biomédica. *Brotéria*, 146, 169.
- Austin, J. L. (1978). *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press.
- Baier, K. (1958). *The moral point of view*. New York: Ithaca.
- Bankowski, Z., & Levine, R. J. (1993). *Ethics and research on human subjects - International guidelines*. Geneva: CIOMS.
- Bellelli, A. (1983). *Aspetti civilistici della sperimentazioni umana*. Padova: CEDAM.
- Binkley, L. (1961). *Contemporary ethical theories*. New York: Philosophical Library.
- Biscaia, J. (1996). Limites éticos da experimentação clínica. *Brotéria*, 143, pp. 571-584.
- Biscaia, J. (1996). Os imperativos éticos e os seis caveats. *Brotéria*, 144.
- Dias, J. Á. (1996). Procriação assistida e responsabilidade médica. *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica*, 21. Universidade de Coimbra.
- Diaz-Otero, E. & Olivas, E. (1997). *Metafisica e historicidad en los derechos subjetivos*. Madrid: Dykinson.



- Fagot-Largeaut, A. (1992). *L'experimentation humaine et les questions d'autonomie, de don et de solidarité. Les fondements de la bioéthique*. Bruxelles: De Boeck, Université Bruxelles.
- Gauthier, D. (1963). *Practical reasoning*. Oxford: Clarendon Press.
- Hospers, J. (1961). *Human conduct*. New York: Harcourt, Brace and World.
- Levi, A. (1993). *Attività lecita ed attività discrezionale*. in studi in onore di Federico Cammeo, vol. II, Cedam.
- Loureiro, J. C. (1984). Metáfora do pessoal ou metáfora do vegetal. *Cadernos de Bioética*, 8, CEB.
- Lyons, D. (1993). *Ethics and the rule of law*. New York: Cambridge University Press.
- Machado, J. B. (1985). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Livraria Almedina.
- Melden, A. I. (1959). *Rights and right conduct* Oxford: Blackwell.
- Memeteau, G. (1983). L'experimentation sur foetus. *Rev. Droit Pénal Crim.*, 519.
- Montefiore, A. (1959). *A modern introduction to moral philosophy*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Nakhnikian, G. (1993). *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, S.A.
- Neves, A. C. (1993). *A redução política do pensamento metodológico-jurídico (Breves notas críticas sobre o seu sentido)*. BFDUC, Coimbra, número especial de Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Afonso Queiró.
- Nino, C.S. (1989). *Ética y derechos humanos; un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astra.
- Oliveira, G. F., (1998). Direito Biomédico e investigação clínica. *RLJ*, 3881.
- Parizeau, M. H. (1992). *Le concept éthique de consentement à l'expérience humaine: entre l'utilitarisme et la morale kantienne, les fondements de la Bioéthique*. Bruxelles: de Boeck Université.
- Potter, Van R. (1970). Bioethics, the science of survival, Perspectives in biology and medicine. In V. R. Potter (ed.), *Bioethics, bridge to the future* (pp. 127-153). Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- Reale, M. R. (1997). *Teoría tridimensional del Derecho, Una visión integral del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Robinsons, B. E. S. (1993). The moral permissibility of in utero experimentation. *Women & Politics*, 13(3-4), 19-30.
- Rocheman, M. (1988). Biotechnologie et libertés. *Biofutur*, 22.



- Rogers, A. & Bousingen, D. D. (1995). *Une bioéthique pour l'europe*. Éditions du Conseil de l'Europe.
- Santos, B. S. (1987). *Um discurso sobre as ciências*. Lisboa: Edições Afrontamento.
- Sévre, L. (1994). *Para a crítica da razão*. In J. Bernard (ed.), *Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, nº 59.
- Silva, V. P. (1999). *Ensinar Direito (a Direito), Contencioso Administrativo, Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina de Direito Administrativo II*. Coimbra: Livraria Almedina.
- Tavares, A. S. (1982). Limitações éticas na experimentação de medicamentos no homem. *O Médico*, 104, 360-369.
- Terré, F. (1974). *Le doute et le droit*. Paris: Dalloz.
- Testar, J. (1991). *La nouvelle fabrique du corps humain, recherches sur l'embryon et comités d'éthique, éthique médicale et droits de l'homme*. Actes Sud et INSERM, pp. 59-105.
- Thunis, X. (1992). *François Rigaux - Un juriste singulier*, em Rigaux, in *La vie privée: une liberté parmi les autres?* Travaux de la Faculté de Droit de Namur, nº 17, Bruxelles: Maison Larcieur Editeurs.
- Vespieren, P. (1995). *Colóquio Dignité humaine, perte de dignité*, AECCEM, Paris le Supplement. Paris: CERF.
- Vieira, F. L. O. (1985). *Estado e Cultura: notas introdutórias à compreensão da posição do Estado face à cultura*. Relatório de mestrado em Direito Constitucional.
- Von Wright, G.H. (1963). *The varieties of goodness*. London: Routledge & Kegan.
- Warnock, M. (1960), *Ethics since 1900*. Oxford: Oxford University Press.
- Würzberg, G. (1977). *Kultur and Politik*. Tese de Doutoramento, Marburg.